



Pour une analyse critique du droit en 2010 ?

Laurence Boy

► To cite this version:

Laurence Boy. Pour une analyse critique du droit en 2010?. Critique(s) du droit, Hommage au professeur R. Charvin,, Publisud, Paris, pp.31- 38, 2012, 978-2-36291-022-7. hal-00722821

HAL Id: hal-00722821

<https://hal.science/hal-00722821>

Submitted on 4 Aug 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Pour une analyse critique du droit en 2010 ?

Laurence Boy

Professeur à l'UNS

CREDECO/GRDEG, UMR 6227 CNRS/INRA

27 février 2010

En 2009, Laurence Weil estimait que la situation était mûre pour un nouveau mouvement critique du droit¹. Si l'on comprend bien, l'auteur visait non un renouveau de Critique du droit² mais un nouveau mouvement critique tenant compte notamment des mutations du droit liées aux phénomènes de globalisation et de gouvernance.

La question mérite effectivement d'être posée ici à un double égard : par rapport à ce que sont les membres de ce mouvement de réflexion et par rapport à la dimension internationale de l'interrogation devenue incontournable alors qu'elle l'était moins il y a trente ans. La question mérite d'autant plus de l'être que nombreux sont aujourd'hui ceux qui affichent plus ou moins ouvertement, faire de la « critique » du droit.

Ce sont des éléments de réflexion que nous souhaitons apporter pour tenter de répondre en partie à cette délicate question sans prétendre nous ériger en « gardien du temple » de ce qu'aurait été Critique du droit. Ceci serait non seulement contraire à ce qu'était la réalité du mouvement³ mais fondamentalement contradictoire avec l'esprit de la critique du droit qui est de rappeler constamment que la critique elle-même évolue, aussi bien dans son contenu que dans ses formes lorsque change son objet.

Parmi les facteurs d'évolution il y a donc l'objet observé lui-même. Il a conduit certains à s'intéresser à des méthodes de réflexion et de recherches proches de celles de Critique du droit, c'est-à-dire affichant plus ou moins fortement leurs hypothèses de travail.

*

Le phénomène marquant les 30 dernières années est sans doute l'extension d'un modèle économique, culturel et idéologique (un *credo*) quasiment incontesté à l'ensemble de la planète : le marché entraînant une réification et une marchandisation toujours plus poussées des relations sociales. Cette extension s'est accompagnée (a été concomitante ?) d'un effondrement des régimes dits communistes, et/ou de leur idéologie et d'une transformation

¹ Autour de Critique de droit, M. Miaille ou l'élégance critique, Tant plus à me frapper on s'amuse, tant plus de marteaux on y use, *Mélanges en l'honneur de M. Miaille*, (J-L Autin et L. Weil éd.) 209, p. 122.

² Créé il y a une trentaine d'années, le Mouvement « Critique du droit » a réuni des juristes et politologues français (Lyon, Montpellier, Nice, Saint-Étienne Toulouse et Paris) qui, en se situant principalement dans une perspective marxisme, ont défini un projet scientifique (pédagogique aussi) en rupture avec ceux qui avaient cours dans les facultés de droit. Ce Mouvement a disparu mais son actualité est réelle notamment parce qu'il semble recevoir un certain écho chez des chercheurs des nouvelles générations. M. Pourjol, Ph. Dujardin ; J-J Gleizal, A. Jeammaud, M. Jeantin, M. Miaille, J. Michel, *Pour une critique du droit, Du juridique au politique*, PUG, 1978.

³ Paradoxalement, alors que l'extérieur avait la vision d'un mouvement dogmatique, le fonctionnement interne de celui-ci obéissait à un grand respect des différences.

de certains d'entre eux en un étrange « communisme de marché ». La critique du marché avait été brutalement dévalorisée du fait de ses liens réels ou supposés avec ces régimes, phénomène renforcé par une dénonciation difficilement réfutable des nombreuses violations des droits de l'homme devenus depuis des droits fondamentaux. Ce phénomène nous semble d'autant plus paradoxal que l'extension du marché aurait du s'accompagner, au contraire, d'une critique encore plus vive des conséquences dramatiques et visibles de l'extension du modèle marchand. Ce n'est pourtant que l'émergence de l'OMC qui a conduit à un brutal et réel sursaut avec la Conférence ministérielle mondiale de l'OMC à Seattle en 1999.

A côté de ce facteur d'évolution - la mondialisation de l'économie -, il faut faire une place au recul du « tout Etat », de l'Etat « bonne à tout faire ». Ce recul s'est accompagné d'un essor de la régulation juridique, concept qui soulève au demeurant de vives controverses tant en droit public qu'en droit privé. Ces controverses fort riches et souvent passionnantes font au fond souvent l'impasse sur les raisons profondes de cette nouvelle forme de médiation du droit⁴. Désignant des procédures et des institutions (les fameuses Autorités Administratives Indépendantes ou Agences notamment), la régulation développe une nouvelle logique ainsi que des procédés renouvelés (concertation, recours au contrat plutôt qu'à l'acte unilatéral). Cette nouvelle technologie juridique n'est cependant pas « que » technologie, laquelle mérite incontestablement un examen approfondi de la part des juristes. Elle obéit principalement à la nécessité de réguler toujours et d'assurer la gestion des contradictions de la société actuelle. Celle-ci se caractérise, certes, par un recul de l'Etat (du moins d'une forme étatique qui a été celle de la fin du XIX^{ème} et d'une grande partie du XX^{ème} siècles), mais l'organisation de l'économie et la concentration, avec les crises qu'elles suscitent tant entre les apporteurs de capitaux eux-mêmes qu'entre ceux-ci et les autres forces sociales, doivent, plus que jamais, être encadrées. Concentration et organisation de l'économie sont portées au départ par les pouvoirs privés qui recourent souvent à l'autorégulation. Celle-ci s'est largement révélée insuffisante comme les crises financière, économique et sociale de 2008, 2009 l'ont prouvé. Le recours à de l'Etat et à ses moyens réels – concrets (le soutien aux banques ont été colossaux) et symboliques (le « sacrifice de tous » au nom de l'intérêt général) sont indispensables pour prévenir et endiguer les crises et les risques de rupture des systèmes. Le marché risque de s'autodétruire lui-même ; il nécessite le maintien d'un lien social minimal⁵. La régulation par les AAI est l'un d'entre eux pour maintenir ce lien.

Côté doctrine juridique, un certain retour au positivisme s'est, certes, produit, après l'effondrement des systèmes communistes mais il s'agit une démarche qui est très éloignée du positivisme traditionnel qui dominait dans les universités. Les simples observations et description des sociétés et de leurs pratiques portent désormais nécessairement sur des objets nouveaux qui conduisent à un relativisme. De façon quasiment systématique, une bonne partie des systèmes de la planète fait l'objet d'analyses comparées. Celles-ci ont cessé d'être le fait de rares comparatistes et des internationalistes. L'émergence du droit communautaire devenu droit interne et cadre de notre vie quotidienne conduit à « penser autrement » et à forger de nouveaux concepts suffisamment souples pour devenir cadre commun à diverses cultures et divers modèles juridiques⁶. Les juristes deviennent comparatistes sans s'en rendre compte. Le

⁴ Le droit est un langage, un élément fondamental du lien social. Jean-Luc Chabot, Stéphane Gal, Christophe Tournu et alii, *Figures de la médiation et lien social*, L'Harmattan, 2007.

⁵ Le service universel institué en droit européen malgré les diverses ouvertures à la concurrence des industries de réseau.

⁶ Les systèmes juridiques régionaux eux-mêmes se multiplient appelant aussi au relativisme.

simple changement de l'objet observé induit automatiquement un changement de posture de la recherche juridique.

Par ailleurs, le modèle du marché s'est étendu mais ce, dans des systèmes politiques très divers, dans des pays de niveaux de développement formidablement différents et de cultures radicalement opposées notamment du point de vue juridique (sociétés sans droit ou sociétés dans lesquelles les modes de régulation sociale relèvent d'autres principes fondateurs – religieux, moraux, coutumiers -). L'extension d' « un » modèle économique unique et unificateur s'est accompagné nécessairement de la prise de conscience réelle et non plus simplement « ethnographique » du pluralisme juridique et, en conséquence du *systémisme*. Celui-ci nous paraît être la facette complémentaire de la prise de conscience que le relativisme est un relativisme de « systèmes » qui organisent les sous-systèmes culturels, moraux, économiques, etc. Toute cette évolution a conduit globalement à ce que l'on peut considérer comme la fin du « positivisme pur et dur » dans les lieux de recherche.

Il nous semble, en effet, que les réflexions en termes de mondialisation, de pluralisme et de systémisme sont très proches à la fois dans leur approche et dans le temps. La seule « observation », la seule « description » de ce qui est aujourd'hui notre universel, le mondial, (la planète terre), avant même qu'on en appelle à l'universel comme « valeur » de convergence de solutions possibles⁷, conduit à la constatation du relatif qui règne sur terre. L'objet-même observé, quels que soit les présupposés idéologiques des uns et des autres, oblige à prendre acte de la diversité et ébranle ainsi la perception traditionnelle eurocentrée (USA et Europe) du droit. En même temps, les perturbations provoquées par la greffe du tout marché sur les structures (les modes de production, disait-on autrefois) à la fois matérielles (la base) et idéologiques (les superstructures) ainsi que sur les populations de certaines sociétés, sociétés qualifiées dans le langage marchand de l'OMC, de « pays en développement » ou « pays les moins avancés » illustraient l'intérêt des recherches en termes de « systèmes »⁸.

Le systémisme, que l'on ne doit pas confondre avec le formalisme juridique⁹ n'évoque pas d'emblée le structuralisme¹⁰ pour qui n'a pas connu certains mouvements de pensée « marxistes ». Il relève pourtant pour une part d'un mode structuraliste de pensée, même si c'est un mode de pensée nécessairement évolutif. Inspiré des sciences dites dures, de la biologie¹¹, le systémisme en sciences juridiques a été surtout développé en Europe par les

⁷ Le droit naturel de demain ? , J. Ghestin, Les données positives du droit, *RTD Civ.* 2001, p. 1.

⁸ M. Delmas-Marty (dir.), *Critique de l'intégration normative : L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Les voies du Droit, PUF, 2004.

⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction Ch. Eisenman. Le formalisme juridique de Kelsen et la fameuse pyramide kelsénienne, si l'on excepte le contresens souvent fait sur la norme hypothétique, correspondaient assez bien à la description du droit libéral. Malgré leur caractère largement idéologique, ils ont structuré et structurent encore largement notre système juridique en France.

¹⁰ E. Balibar, L. Althusser, *Pour Marx*, La Découverte/poche, 2005.

¹¹ La notion d'autopoïèse est empruntée à la théorie du vivant développée par H. Maturana et F. Varela (*Autopoiesis and cognition. The realization of the living*, Dordrecht, Boston, London, Reidel, 1980). Il s'agit pour eux exclusivement d'une approche du vivant. Celle-ci est délibérément mécaniste au sens où, selon ces auteurs, les systèmes vivants s'expliquent par leur organisation interne et ont un fonctionnement autopoïétique (qui n'est que la reproduction de lui-même).

penseurs allemands (Luhmann¹² et Teubner¹³). L'idée est alors d'analyser les systèmes sociaux, dont le système juridique, en termes d'autonomie et d'autonomisation croissante. C'est le droit lui-même qui peut ainsi être décrit comme système autopoïétique dans la mesure où il fonctionne de façon autoréférentielle dans ses structures (concepts, catégories) comme dans son fonctionnement (modes de raisonnement, procédures).

Venu de ces sciences « vraies », le systémisme avait un côté « objectif » qui a sans doute contribué à son acclimatation en droit dans une part non négligeable de la doctrine. L'immense mérite en revient, selon nous, d'abord à G. Teubner qui a avancé des thèses complémentaires et qui s'éloignent du schéma originel purement mécanique en introduisant l'idée d'ouverture des systèmes autopoïétiques et celle de « co-évolution ». Il en revient ensuite et surtout à F. Ost qui, en de courts textes¹⁴, a su présenter de la façon la plus intelligible qui soit cette pensée pourtant complexe. Le droit, comme tout système, c'est-à-dire comme tout ensemble cohérent dont chaque élément se tient, se caractérise par une « clôture ». En droit, cette clôture est normative. Comme tout système vivant, il s'ouvre sur l'extérieur où il va chercher des informations. C'est son ouverture cognitive. Le droit autopoïétique est présenté, de façon plus achevée encore par G. Teubner comme un droit réflexif en ce sens que celui-ci définit lui-même les conditions procédurales et méthodologiques de l'incorporation des savoirs dans ses propres processus décisionnels¹⁵. Cette ouverture, en tant que démarche, signifie, pour le juriste, ouverture d'abord aux autres systèmes juridiques (droit comparé classique ?) mais aussi aux autres sous-systèmes dont la morale, la religion, l'économie, les « sciences », les pratiques sociales et tous les autres savoirs. Chaque savoir construisant sa propre clôture, il existe souvent des tensions entre ces différents construits. Selon, lui, si les faits construits entrent en conflit, ce qui n'est pas rare, « les construits scientifiques n'ont aucune prépondérance sur les faits juridiques », qu'il s'agisse des faits observés et construits par les sociologues, ou par les économistes, est-on tenté de dire aujourd'hui. Dans cette ouverture, on assiste à des luttes d'influence entre les savoirs (des luttes inter-systémiques) et ceux qui le détiennent, d'ailleurs. Si depuis quelques années dans les pays développées le sous-système économique tend à devenir dominant¹⁶, le droit, porteur de ses propres valeurs doit construire ses réponses autonomes et produire sa propre réalité qui ne peut, bien sûr, s'immuniser contre les réalités concrètes. L'observateur juriste constate à ce propos qu'aujourd'hui, face aux « impératifs du marché », les pratiques sociales organisées par les appareils traditionnels (syndicats, partis politiques, institutions) mais surtout les mouvements relativement inorganisés et issus de la société civile (associations, collectifs ponctuels, mouvements divers – femmes, sans-papiers, défenseurs des SDF) porteurs de valeurs non marchandes de solidarité, ont aussi leurs propres réponses, et souvent de réponses « en droit » aux problèmes posés. On pense ainsi au DAL (droit au logement opposable) ou au droit « au » développement revendiqué par les pays les moins

¹² Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos, *Niklas Luhmann: Law, Justice, Society*, Coll. Nomikoi Critical Legal Thinkers, Routledge 2009.

¹³ *Droit et réflexivité*, éd. Juridiques Kleuver, Deurnen, Belgique, 1995.

¹⁴ Entre ordre et désordre : le jeu du droit, in *Archives de philosophie du droit*, Tome 31, 1986 ; Le droit comme pur système, in *La force du droit, Panorama des débats contemporains*, P. Bouretz (dir), Esprit, coll. Philosophie, 1991, p.139.

¹⁵ On pense naturellement ici aux AAI ainsi qu'au droit européen, en général.

¹⁶ G. Farjat, *Pour un droit économique*, Coll. Les voies du droit, PUF, 2004.

avancés¹⁷. C'est dire que l'analyse juridique, si elle veut être critique, nous semble devoir opérer la jonction entre le « droit vécu »¹⁸ et la réflexion théorique. Si le droit matériel a conduit à une « socialisation » du droit et à une immixtion assez (trop ?) grande de l'Etat dans les relations sociales, dans certains cas où sont en cause des relations purement privées, cette « colonisation du vécu » doit conduire le système juridique à reconnaître ses propres limites et son incapacité à réguler toutes les perturbations sociales. Pour autant, le droit ne doit pas poser de frontières à ce qui serait son domaine « naturel » de médiation lorsque les autres formes font défaut¹⁹

*

C'est sur ce droit en partie nouveau marqué par la mondialisation de l'économie et les phénomènes dits de régulation et de gouvernance que travaille la doctrine aujourd'hui. Cet objet nouveau la contraint à ces analyses nouvelles et termes de systèmes et de pluralisme. Pour autant peut-on dire qu'elle fait du droit une analyse critique ? Si l'on se reporte à l'idée selon laquelle la doctrine doit prendre position, incontestablement, elle fait ici œuvre critique. Les commentaires divers de textes et de décisions juridictionnelles en témoignent. Pourtant, il nous semble que l'on ne peut parler d'analyse « critique » que si cette même doctrine accepte de confronter ses propres jugements à ses propres hypothèses qui sont nécessairement, qu'on le veuille ou non, politiques. Les postulats de Critique du droit peuvent et doivent être remis en cause. Deux de ceux-ci nous paraissent cependant toujours relever d'une démarche qui se veut critique aujourd'hui : la conception du système juridique comme matérialité objective, le fait que la théorie, qu'on ne veuille ou non, est une pratique sociale qu'il faut explicitement revendiquer. Dire de l'analyse critique du système juridique qu'elle doit être matérialiste ne renvoie pas à l'affirmation simpliste du « primat » du « monde matériel » sur les idées mais signifie seulement prendre au sérieux la réalité du monde des idées qui structurent notre réalité (d'enseignants-chercheurs, notamment). On sait d'ailleurs que ce « primat » (la base, a-t-on pu dire) dans les déterminations était, dans certaines sociétés, non économique mais de type religieux ou politique (dans la Rome ancienne, ce fût à un certain moment la citoyenneté²⁰). Avoir une conception matérialiste du droit veut dire que l'on adhère à l'idée selon laquelle les idéologies et les appareils idéologiques ont une réalité en ce sens qu'ils structurent nos comportements et agissent sur la réalité sociale²¹. Si, le plus souvent, les individus n'ont pas une claire conscience de la matérialité des idéologies, il doit en aller autrement, nous semble-t-il, de ceux dont la fonction est la recherche théorique.

Enfin, et c'est sans doute le dernier point sur lequel une mise au point s'impose, celle de la revendication affirmée du fait que l'analyse critique repose sur une prise de position « politique ». La question a été clairement posée par G. Teubner relativement à l'attitude de la

¹⁷ Voir à ce propos la Déclaration de Doha en 2001.

¹⁸ A.-J. Arnaud, *Critique de la raison juridique*, LGDJ, 1981.

¹⁹ L'incrimination du « harcèlement moral » dans le couple ne va pas à cet égard sans soulever d'immenses difficultés et débats.

²⁰ A. Schiavone, *IUS, L'invention du droit en Occident*, Coll. L'antiquité au présent, Belin, 2008.

²¹ L'Ordre révolutionnaire de la révolution bourgeoise de 1789 en France pose le principe selon il n'existe aucun intérêt intermédiaire entre l'individu et l'Etat (Loi La chapelier et décret D'allarde). Ces textes n'ont pas supprimé du jour au lendemain les solidarités objectives entre groupes sociaux. Ils ont néanmoins structuré les rapports sociaux en interdisant, notamment sous peine de sanctions pénales, les groupements, particulièrement les groupements d'entraide parmi les ouvriers ou travailleurs agricoles.

doctrine face aux conflits soulevés par la confrontation entre systèmes, voire le choc des systèmes. On pense au choc possible entre la morale et le droit²², plus récemment, entre la science et le droit à propos de la bioéthique notamment²³. A la différence de ceux qui pensent que la doctrine juridique doit éviter de se prononcer en raison du fait que la question appelle une réponse philosophique (Luhman), G. Teubner répond que « le droit ne peut plus écarter ces questions ou les confier à la philosophie. Le processus juridique doit – *hic et nunc* – mettre en œuvre des procédures destinées à résoudre ces contestations » et se prononcer ainsi « en droit » même si elles sont controversées. La controverse n'est pas impolitesse entre collègues. Elle est débat et polémique au sens neutre du terme. Il existe sans doute des problèmes moins controversés que celui de relations délicates entre sous-systèmes mais, là encore, nous semble-t-il, l'analyse critique ne peut faire l'impasse des enjeux concrets des solutions juridiques et des luttes d'intérêts qui les sous-tendent. C'est ainsi, par exemple, que l'essor et le succès du concept de solidarisme contractuel²⁴ ne nous semblent rien d'autre qu'une figure renouvelée du solidarisme apolitique du XIX^e siècle qui, tentant d'en « revenir aux faits », permet d'éluder habilement²⁵ la question cruciale d'une réelle solidarité. « Le retour aux faits peut, quelquefois, être extrêmement gênant »²⁶.

Les nouvelles analyses critiques du droit aujourd'hui renouvellent incontestablement et heureusement la pensée juridique. Il nous semble néanmoins qu'elles sont trop souvent coupées de la recherche profonde de la rationalité sociale dans laquelle s'inscrit le droit.

²² L'arrêt *Perruche* est révélateur d'un tel choc. Pour un point complet : C. Labrusse-Riou, G. Ganselier, I. Rondot, H. Achmaoui et A. Ravelet, *Naissances hanoicapées et responsabilité. Recherches sur l'impact de l'arrêt « Perruche » sur la jurisprudence et sur les pratiques en matière d'assurance médicale*, Rapport de recherche, Droit et Justice, avril 2005.

²³ Sur la relation souvent conflictuelle sciences et droit : Marie-Angèle Hermitte, *La Liberté De La Recherche Et Ses Limites - Approches Juridiques*, coll. Droit et technologies, Romillat, 2001.

²⁴ Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in « *Le contrat au début du XXI^e siècle* », Etudes offertes à J. Ghestin, L.G.D.J. 2001 ; D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in « *L'avenir du droit* », Mélanges en hommage à F. Terré, Dalloz, 1999 (dir.de) Ch. Jamin et D. Mazeaud, « *la nouvelle crise du contrat* », Dalloz 2003 et (dir. de) L. Grynbaum et M. Nicod, « Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité ? », *Economica*, 2004.

²⁵ F. Ewald, *L'Etat-Providence*, Paris, 1986.

²⁶ *Pour une critique du droit*, op. cit. p. 126.